

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vivre longtemps et vieillir un peu ... - Regards croisés du juriste et du neuropsychologue.

Reusens, Florence; Seron, X.

Published in:

La protection de la personne des malades mentaux : Ethique, médecine et Justice

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Reusens, F & Seron, X 2011, Vivre longtemps et vieillir un peu ... - Regards croisés du juriste et du neuropsychologue. Dans *La protection de la personne des malades mentaux : Ethique, médecine et Justice*. La Charte, Bruxelles, p. 183-201.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE IX.

VIVRE LONGTEMPS ET VIEILLIR UN PEU... – REGARDS CROISÉS DU JURISTE ET DU NEUROPSYCHOLOGUE

FLORENCE REUSENS

Assistante et chercheuse,

Université catholique de Louvain et Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur

XAVIER SERON

Professeur ordinaire émérite,

Faculté de psychologie et des sciences de l'éducation de l'Université catholique de Louvain

« Savoir vieillir, c'est apprendre à porter autant d'attention au caractère évolutif de l'être humain qu'à son aspect périssable. Vieillir n'est pas un naufrage si on nous aide à cultiver nos richesses et nos capacités ».

P. Guillet, *Le dialogue des âges*, Gallimard, 2007, p. 18.

SECTION 1.

INTRODUCTION

Vieillir n'est ni un naufrage, ni du reste une maladie. Nous serions alors tentés de déposer la plume dès à présent puisqu'un des éléments essentiels qui conditionne l'application de la loi du 26 juin 1990 est l'existence d'une maladie mentale. Ce serait cependant perdre de vue que les gériatres doivent, eux aussi, dans leur pratique professionnelle, faire face à des dysfonctionnements psychiatriques, qui prennent essentiellement la forme de dépressions, états délirants et états démentiels¹ (chapitre 1^{er}).

Ce n'est pas pour autant qu'il faut automatiquement associer maladie mentale et vieillesse : la plupart des personnes âgées finissent leur vie en pleine conscience, même s'il est indéniable qu'elles verront, au fur et à mesure de leur avancée en âge, leurs potentialités progressivement s'affaiblir. Si leur état de santé nécessite que soit prise une mesure de protection, il est essentiel, aussi bien dans la mise en œuvre de celle-ci, qu'au cours de son fonctionnement, de s'adapter aux caractéristiques de chaque situation aux fins de valoriser et respecter leurs « compétences résiduelles ». Un

¹ G. LE GOUES, *L'âge et le principe de plaisir*, Paris, Dunod, 2000, p. IX.

interventionnisme outrancier rend en effet inopérants² et difficilement tolérables par le principal intéressé les dispositifs précisément mis en place aux fins de lui venir en aide (chapitre 2).

La démarche cognitive, qui tend à explorer les ressources mentales de l'individu pour l'aider à développer des stratégies adaptatives, présente à cet égard un intérêt de plus en plus évident dans l'approche du processus inéluctable qu'est le vieillissement. Car s'il est vrai que vieillir est « *une occupation de tous les instants* »³, reste qu'à partir d'un certain stade – éminemment variable en fonction du sujet – le champ des possibles tend à se réduire. Il serait pourtant simpliste de croire et faire croire qu'à un âge avancé, plus aucun projet n'est envisageable et qu'il ne reste qu'à attendre l'inexorable passivement et, si possible, docilement. Partir d'un tel postulat reviendrait en effet à précipiter inopportunistement le développement de la dépendance. C'est dire qu'il faut à tous prix éviter d'enfermer les personnes âgées dans les stéréotypes du déclin et de la déchéance et ne jamais oublier que nous serons nous mêmes les « *vieux de demain* », plus âgés sans doute encore que « *nos* » vieux d'aujourd'hui puisque la science recule sans cesse les limites de la vie.

La question de la protection des personnes âgées se pose avec d'autant plus d'acuité que l'accroissement de la population est davantage marqué pour les tranches d'âge les plus élevées⁴, qui sont aussi les plus touchées par l'apparition des démences séniles, dont la plus connue est la maladie d'Alzheimer⁵. La vulnérabilité des personnes touchées par un processus dégénératif est évidemment plus grande que celle des aînés qui ne présentent pas ou peu de difficultés cognitives. Toutefois, il convient aussi de souligner que le diagnostic de démence sénile ne plonge pas en un temps l'individu âgé dans un monde à part ! Aux stades précoces de la maladie, la personne médicalement qualifiée de démente garde en fait l'essentiel de ses facultés mentales : elle raisonne correctement, elle reconnaît ses proches, elle conduit sa voiture, elle peut dans certains cas être toujours active sur le plan professionnel. Le terme de démence est alors inadéquat pour désigner une personne qui, loin d'avoir perdu la raison, oublie toutefois un peu trop souvent le contenu des conversations, l'endroit où elle a déposé un objet ou encore qui ne trouve plus aussi vite qu'auparavant les mots qu'elle cherche à prononcer. Face à ce tableau de difficultés mineures et occasionnelles, on est loin, bien loin, d'un état d'aliénation et longtemps après l'établissement du diagnostic, ces personnes garderont des capacités cognitives, une vie affective et des compétences sociales appréciables. Il existe en outre une grande hétérogénéité entre les patients et cette hétérogénéité des profils de santé ainsi que

des profils mentaux qui accompagnent le vieillissement et les maladies du cerveau y associées appelle des mesures de protection qui prennent en compte la diversité des personnes ainsi que de leurs entourages familial, social et médical. Comprendre la diversité de ces situations afin d'ajuster au cas par cas les mesures de protection constituera assurément un défi majeur dans les années à venir pour les médecins, les différents acteurs sociaux, mais aussi les magistrats, les notaires et les avocats (chapitre 3).

SECTION 2. LA LOI DU 26 JUIN 1990 ET LA PERSONNE ÂGÉE

§ 1. Maladie mentale et démence

En vertu de l'article 2 de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux, une hospitalisation forcée ou une contrainte de soins en milieu familial ne peut être envisagée qu'à défaut de tout autre traitement approprié et à l'égard d'un malade mental, si son état le requiert, « *soit qu'il mette gravement en péril sa santé et sa sécurité, soit qu'il constitue une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui* ».

Ce même article dispose aussi, en son second alinéa, que « *l'inadaptation aux valeurs morales, sociales, religieuses, politiques ou autres, ne peut être en soi considérée comme une maladie mentale* ». Le refus de se conformer, en fonction des caractéristiques de la situation, aux valeurs communément admises dans la société ne peut dès lors par lui-même justifier une application de la loi⁶.

Les termes « *malade mental* » ne sont pas autrement définis. Selon les travaux préparatoires de la loi qui soulignent que les indications données au cours des discussions ne peuvent avoir qu'une valeur d'exemple, la loi ne vise que les personnes atteintes d'une maladie mentale grave⁷, à l'exclusion dès lors de celles qui souffrent d'un trouble mental quelconque. Il est à cet égard expressément précisé que la loi ne s'applique pas aux personnes souffrant d'une simple sénilité^{8,9}.

² Voy. P. GUILLET, *Le dialogue des âges*, Gallimard, 2007, p. 177, selon lequel, « *Au-delà d'un certain seuil, l'assistance aggrave la dépendance* ».

³ P. LEAUTAUD, *Journal littéraire*, Mercure de France.

⁴ Ainsi en Belgique, entre 1950 et 2000, la population des plus de 75 ans a plus que doublé ; entre 1990 et 2008, la population des plus de 80 ans a augmenté de 52 % et on estime que le nombre de centenaires doublera tous les 10 ans au cours des 30 années à venir !

⁵ D'après les données d'une étude coopérative européenne, on estime la prévalence des démences toutes causes confondues à 6,4 % de la population de plus de 65 ans et celle de la maladie d'Alzheimer à 4,4 % (la prévalence correspond au nombre de cas de maladies présents à un moment donné dans une population) : voy. J. ANKRI, « *Prévalence, incidence et facteurs de risque de la maladie d'Alzheimer* », *Gérontologie et Société*, 2009, 1-2, pp. 129-141.

⁶ Voy. à cet égard J.P. Seneffe, 4 décembre 1991, cité par G. BENOÎT, « *Mini-chronique de jurisprudence (26 juillet 1991-26 juillet 1993)* », *J.J.P.*, 1994, p. 75 : le terme comportement « *asocial* » relevé dans un rapport médical circonstancié justifie que la demande soit déclarée irrecevable aux termes de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 26 juin 1990.

⁷ Voy. J.P. Jumet, 24 février 2000, *Act.dr.*, 2000, p. 497 et note P. MOREAU : « *Un retrait social, un mutisme, un repli sur soi, une pauvreté du discours, un manque d'énergie, un mouvement stéréotypé et une déambulation ne constituent pas une maladie mentale grave à défaut d'autres précisions d'ordre médical* ».

⁸ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Herman-Michielsens, *Doc.parl.*, Sénat, session 1989-1990, n° 733/2, p. 12. Voy. également J.P. Charleroi (2^e canton), 5 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1712, qui cite à cet égard une circulaire n° 33/91 du Procureur général de Mons du 28 août 1991.

⁹ La désorientation ou une amnésie des faits, rencontrées fréquemment chez les personnes âgées, ne permettent pas de conclure à l'existence d'une maladie mentale : J.P. Jumet, 3 mars 2000, *R.R.* n° 4805, inédit, cité par P. MOREAU, note sous J.P. Jumet, 24 février 2000, *Act.dr.*, 2000, p. 501.

Analysant plus avant les débats parlementaires, le médecin et expert Philippe Boxho constate toutefois que la discussion s'est à un moment déplacée du terme « malade mental » à celui de « psychopathologie », ce qui atteste de la possibilité d'une très large interprétation de la notion de maladie mentale¹⁰.

Certains tableaux cliniques ne suscitent guère de contestation quant au champ d'application de la loi. Il en est notamment ainsi des états psychotiques aigus avec idées délirantes, des phénomènes hallucinatoires et troubles du comportement¹¹ ainsi que des états dépressifs majeurs avec comportement suicidaire^{12 13}.

Par contre, les termes pris dans un sens strict ne permettent *a priori* pas d'appliquer la loi à des personnes âgées atteintes de processus démentiels¹⁴, car il s'agit de processus dégénératifs physiques¹⁵.

Les limites ne sont cependant pas aussi étanches et d'aucuns considèrent, se conformant à l'interprétation large suggérée par la lecture des travaux préparatoires, que la démence peut être assimilée à une maladie mentale lorsqu'elle entraîne des troubles

fonctionnels psychopathologiques de la faculté de penser, de la mémoire, de la perception de la réalité, etc.^{16 17}.

Indépendamment de la question d'une assimilation de la démence à une maladie mentale, il convient de ne pas perdre de vue que l'application de la loi du 26 juin 1990 est subordonnée à l'existence de quatre critères cumulatifs, dont celui du péril pour la santé ET la sécurité de la personne à protéger, duquel on ne peut d'ailleurs automatiquement inférer l'existence d'une maladie mentale.

Par ailleurs, il faut se montrer particulièrement circonspect en gardant toujours en vue le caractère cumulatif des conditions d'application de la loi, en particulier lorsque la dangerosité dénoncée est directement liée au refus de traitement de la personne à protéger. C'est ainsi que le juge de paix de Fosse-la-Ville, rejetant une demande de mise en observation d'une dame âgée de 81 ans, déjà hospitalisée à plusieurs reprises dans un hôpital psychiatrique et qui ne chauffait plus sa maison, ne se nourrissait plus, vivait au mépris des règles d'hygiène et dont l'expert psychiatre désigné aux fins de l'assister concluait à un délire paranoïde, s'exprimait en ces termes : « le bien-être artificiel résultant de traitements subis en milieu hospitalier n'est pas une panacée et celui qui se refuse à suivre ce genre de traitement ne doit pas pour autant être considéré comme un déséquilibré »¹⁸.

Une étude menée sous l'égide de la Fondation Roi Baudouin et consacrée à l'amélioration de la qualité de vie des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer (ou autres maladies apparentées) et de leur entourage¹⁹ n'a fait que confirmer la diversité des opinions des magistrats chargés de l'application de la loi en matière de démence de type Alzheimer.

Deux des sept juges de paix qui ont répondu à l'enquête organisée estiment que la loi du 26 juin 1990 n'est pas applicable aux personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer.

¹⁰ P. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 14. Dans le même sens, voy. A. KOHL, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes*, Diegem, Story Scientia, 1996, pp. 32-33. Se fondant sur ce dernier auteur qui, à la lumière des travaux préparatoires de la loi, précise que doivent être pris en considération « certains troubles qui ne relèvent pas de la pathologie d'une maladie, mais plutôt de la pathologie des traumatismes », le juge de paix du second canton de Tournai a estimé qu'était atteint d'une maladie mentale au sens de la loi du 26 juin 1990, un homme âgé de 76 ans qui, à la suite de « plusieurs accidents vasculaires cérébraux liés à une hyperplaquétose », était affecté d'un « ralentissement de l'idéation et d'importantes variations d'humeur » (J.P. Tournai (2^e canton), 20 septembre 2002, inédit, rôle n° 02B650).

¹¹ Voy. également P. BOXHO, « Application de la loi de protection du malade mental du 26 juin 1990 au parquet de Liège durant l'année 1994 », *J.J.P.*, 1999, p. 88, qui fait référence à des cas de personnes présentant, outre une simple sénilité, des troubles importants du comportement, essentiellement de type paranoïde.

¹² E. STILLEMAN, A. SEUTIN et M. ROLAND, « La mise en observation : gestion en médecine générale », *Rev. Med. Brux.*, 25, 2004, A 296 ; G. BENOÎT, « Mini-chronique de jurisprudence (26 juillet 1991-26 juillet 1993) », *J.J.P.P.*, 1994, p. 74. Voy. également N. DE VISSCHER, « La privation de liberté et les droits individuels », ainsi que I. PELC, R. DE BUCK et D. LECOMPTE, « Les critères psychiatriques et psychosociaux d'application de la loi », in *Malades mentaux et incapables majeurs*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, pp. 68 et 185 à 186. Ces différents auteurs suggèrent de se référer à des classifications internationales ou répertoires qui font l'objet d'un large consensus dans les milieux psychiatriques et permettent, par l'identification de signes et symptômes, l'établissement d'un diagnostic d'une pathologie qui entre dans le cadre d'une maladie mentale.

¹³ Pour un exemple d'application de la loi à une personne dépendante aux drogues dures, souffrant d'un syndrome d'anxiété, se trouvant dans un état dépressif permanent et ayant tenté de se suicider, voy. J.P. Zomergem, 18 avril 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 217.

¹⁴ J.P. Anderlecht I, 6 février 1992, *J.J.P.*, 1992, pp. 77-78 : selon cette décision, ne constitue pas une maladie mentale, « le fond de démence sénile ».

¹⁵ H. NYS, « Le médecin et le malade mental », in *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, p. 231, cité par P. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 18.

¹⁶ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2000, p. 64.

¹⁷ Pour un exemple jurisprudentiel, voy. Civ. Mons (1^{re} ch.), 11 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1054. Dans cette espèce, le tribunal a déclaré non fondée une demande de placement en milieu familial dès lors que le home dans lequel la requérante souhaitait voir placer son époux dont elle vivait séparée ne constituait pas un milieu que celui-ci aurait pu considérer comme sa famille (voy. *infra*, note n° 27). En revanche, le tribunal a considéré que l'état décrit par le certificat médical produit était conforme à celui que la loi du 26 juin 1990 exige pour que des mesures de protection soient envisagées : il était à cet égard question de « désorientation spatio-temporelle majeure, importants troubles mnésiques, affabulation, altération du sens des valeurs et de la réalité, troubles du jugement, démence irréversible ».

¹⁸ J.P. Fosses-la-Ville, 13 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 64 et note V. LOUANT. Dans le même sens, dans une espèce où le patient refusait toute dialyse, ainsi que tout soin pour d'autres affections physiques dont il souffrait, voy. J.P. Jumeat, 13 avril 1999, *R.G.D.C.*, 2000, p. 463. « Il y a lieu de respecter ce choix dès lors que celui-ci n'est pas dû à une maladie mentale grave qui aurait affecté ses facultés intellectuelles au point de supprimer son libre arbitre ». Voy. aussi J.P. Jumeat, 9 mai 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 334.

¹⁹ F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *La protection de la personne atteinte de la maladie d'Alzheimer et de ses biens - Aperçu des pratiques en vigueur auprès des notaires, des juges de paix et des administrateurs provisoires en contact avec des personnes atteintes de démence en Belgique*, Fondation Roi Baudouin, Mars 2009, pp. 29-30.

Deux autres ont indiqué n'avoir pratiquement jamais été confrontés à des cas de demande de mise en observation d'une personne atteinte de la maladie d'Alzheimer. L'un d'eux a cependant précisé qu'il ne refuserait pas l'application de la loi dans un tel cas et qu'il se baserait alors essentiellement sur la situation de danger que présente la personne pour elle-même. Il a à cet égard pris garde de spécifier que dans la mesure où le risque zéro n'est qu'une pure utopie, il serait quelque part abusif de considérer qu'une personne se met en danger parce qu'elle a tendance à oublier de fermer le gaz. L'autre a signalé avoir été confronté à une demande de mise en observation d'une personne diagnostiquée « pré-Alzheimer », qui était enfermée dans son appartement et entourée d'excréments. La mesure de protection n'a finalement pas été prise dans la mesure où cette personne a accepté de se rendre à l'hôpital.

La plupart des magistrats cantonaux ont signalé que les demandes de mise en observation concernent très peu les personnes âgées. Un magistrat a précisé que souvent, la prise d'une telle mesure pour ces personnes se justifie d'autant moins que la plupart est déjà hébergée dans un lieu sécurisé ou à tout le moins sécurisant (home, maisons de repos et de soins, etc.).

Quoiqu'il en soit, ce type de mesure, qui implique la plupart du temps un enfermement dans un service psychiatrique, est souvent considéré comme totalement inadapté pour les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer dans la mesure où celles-ci sont parfois tout autant en danger dans ces services que chez elles, au regard de la population que ceux-ci hébergent²⁰.

§ 2. À moindre mal, remède moyennement optimal : les soins en milieu familial²¹

L'article 23 de la loi du 26 juin 1990 prévoit, lorsque des mesures de protection s'avèrent nécessaires²², mais que l'état du malade mental et les circonstances le permettent, la possibilité de soigner celui-ci « dans une famille ». Ce que l'on dénomme plus communément le « traitement ou placement en milieu familial » doit, aux termes des travaux préparatoires de la loi, être envisagé de manière large « étant entendu qu'une personne doit être chargée de veiller sur le malade et qu'un médecin responsable doit être désigné », de sorte que « la notion englobe les maisons familiales »²³.

Il est dès lors généralement admis²⁴ qu'il faut entendre par les termes « placement familial », « le placement dans la famille du malade au sens restreint, mais également dans tout milieu dans lequel le malade se sent comme dans sa famille (dans un foyer d'accueil, une communauté ou maison de repos ou de retraite) »²⁵. Ainsi, toute institution au sein de laquelle le patient se sent bien et accepté et où il loge et vit régulièrement répond au prescrit légal²⁶. En revanche, on ne peut considérer comme un placement en milieu familial, le placement de la personne malade mentale dans un home qui constitue pour elle un milieu inconnu, qu'elle n'a pas choisi et qu'elle ne peut donc considérer comme sa famille²⁷.

Cette possibilité de traitement en milieu familial telle qu'entendue ne doit cependant pas faire perdre de vue que le droit au respect de la vie privée implique que tout individu a en principe le droit d'user de ses jours comme il l'entend et où il veut²⁸, de sorte que le seul but d'obtenir le placement d'une personne âgée dans une maison de retraite ne peut suffire à fonder une requête de mise en observation²⁹. Comme le souligne très opportunément le juge de paix de Borgerhout, notre société égoïste et individualiste doit apprendre à se familiariser avec les symptômes de la vieillesse plutôt que de procéder à la ségrégation des personnes âgées³⁰.

²⁴ Voy. toutefois les recommandations d'un groupe de travail régulièrement confronté à l'application de la loi du 26 juin 1990 qui estime peu heureuse l'expression « soins en milieu familial » en ce qu'elle est trop restrictive et propose d'élargir la notion « afin d'y englober les maisons de repos, les homes, les seniors, les personnes disposées à s'occuper des malades mentaux vivant seuls ou autorisés à vivre en communauté ». L'expression « soins en milieu de vie approprié » est à cet égard préconisée (O. VANDEMEULEBROEKE, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux – Réflexions et suggestions près de 20 ans après sa mise en œuvre », *J.L.M.B.*, 2008, p. 387). Dans le même sens : avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 16 janvier 2010, *Bulletin*, n° 129.

²⁵ A. KOHL, « La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux », in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : le droit belge après les réformes*, Collection Famille & Droit, Diegem, Story-Scientia, 1996, p. 108. Dans le même sens : P. LACHAPELLE et P. SCHEPENS, « Loi de protection de la personne des malades mentaux du 26 juin 1990 (1^{re} partie) : descriptif commenté », *Louvain Med.*, 119, 2000, p. 219.

²⁶ G. BENOÎT, « Les soins en milieu familial », in *Malades mentaux et incapables majeurs*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, p. 135.

²⁷ Civ. Mons, 11 mai 2004, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1054. Voy. également J.P. Tournai (2^e canton), 20 septembre 2002, inédit, rôle n° 02B650 (cf. *supra*, note n°10) : « sachant que Monsieur W. refuse catégoriquement tout placement en home, la mesure de soins en milieu familial que nous déciderons s'exécutera à son domicile (...) ; qu'en l'espèce, cette modalité de la mesure de placement en milieu familial nous paraît être la seule qui réponde tant au prescrit de la loi qu'à l'intérêt de Monsieur W. ».

²⁸ J.P. Fosses-la-Ville, 13 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 64 ; *J.L.M.B.*, 1992, p. 738 et note C. DAUBANTON.

²⁹ J.P. Anderlecht (1^{er} canton), 31 janvier 1992, *J.J.P.*, 1992, p. 76 ; J.P. Anderlecht (1^{er} canton), 6 février 1992, *J.J.P.*, 1992, p. 76 ; J.P. Charleroi (2^e canton), 5 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1712. Comp. : J.P. Marchienne-au-Pont, 29 septembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1001, dans une espèce où le juge considère que bien que la personne à protéger, âgée de nonante ans, ne présente pas de maladie mentale à proprement parler – même si elle a perdu « le pouvoir de décision qui, tout autant sinon plus que les facultés intellectuelles caractérisent la santé mentale » – décide d'ordonner une mise en observation en milieu familial, estimant qu'il est dangereux pour cette personne d'être tiraillée entre des membres de sa famille qui essaient de l'influencer en sens divers, « ce qui crée un stress et une tension nuisibles au bien-être affectif et, par conséquent, à la santé ».

³⁰ J.P. Borgerhout, 16 février 1995, *Rev.dr.santé*, 1996-1997, p. 286 et note F. SWENNEN, « De materiële voorwaarden voor dwangopname van een psychiatrische patiënt ».

²⁰ Dans le même sens, voy. l'avis n° 14 du 10 décembre 2001 du Comité consultatif de bioéthique, relatif aux « Règles éthiques face aux personnes atteintes de démence », p. 25.

²¹ Pour une analyse détaillée de cette possibilité, voy. G. BENOÎT, « Les soins en milieu familial », in *Malades mentaux et incapables majeurs*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1994, pp. 127 à 138.

²² Voy. les conditions cumulatives reprises *supra*.

²³ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Herman-Michielsens, *Doc.parl.*, Sénat, session 1989-1990, n° 733/2, p. 112.

Or, les membres de la famille de la personne âgée ou les intervenants sociaux qui gravitent autour d'elle se retrouvent parfois confrontés à des cas de conscience lorsqu'ils estiment qu'elle se met en danger ou constitue une menace pour autrui et qu'elle refuse toute intervention extérieure aux fins de parer à cette situation. L'évaluation du péril peut cependant prendre une tournure éminemment subjective pour ces proches, familiaux ou non, parfois tentés d'empiéter sur des prérogatives personnelles d'une personne qui adopte des attitudes que l'on pourrait qualifier de « borderline » ou dont les choix de vie déplaisent.

Ici aussi, il convient de rester attentif aux circonstances qui conditionnent l'application de la loi du 26 juin 1990. En effet, si la possibilité de contrainte de soins en milieu familial vise des situations moins problématiques que celles qui nécessitent un enfermement en milieu psychiatrique, reste que cette contrainte ne peut être envisagée que pour une personne souffrant d'une maladie mentale et moyennant l'existence des conditions cumulatives énumérées à l'article 2 de la loi (absence de tout autre traitement approprié et péril grave pour la santé et la sécurité du malade ou menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui).

Sur le plan pratique, cette possibilité de soins en milieu familial est unanimement saluée, mais on déplore l'utilisation trop rare qui en est faite, due aux difficultés que génère sa mise en œuvre. En effet, selon l'article 24, § 3, de la loi du 26 juin 1990, le juge qui fait droit à une demande de soins en milieu familial doit donner mission à une personne déterminée de surveiller le malade et à un médecin de le traiter³¹. Il s'avère que peu de gens acceptent d'endosser ces responsabilités³².

Certains regrettent par ailleurs que, dans une optique de progressivité dans l'affranchissement, cette possibilité n'ait pas expressément été envisagée par le texte légal, comme solution possible au terme de la période de mise en observation ou de maintien dans un hôpital psychiatrique³³. Bien plus, il conviendrait en réalité que les soins en milieu familial puissent, au regard de leur caractère moins contraignant et plus propice à l'insertion sociale, être envisagés « à tous les stades de la procédure, soit par action principale, soit par action reconventionnelle »³⁴.

³¹ Voy. également l'article 27 de la loi du 26 juin 1990 : « le médecin traitant reçoit ou visite le malade régulièrement, lui dispense, ainsi qu'à la personne désignée pour veiller sur le malade, tous conseils et instructions et adresse au juge de paix, au moins une fois l'an, un rapport dans lequel il déclare avoir prodigué les soins requis et donne son avis sur la nécessité de maintenir la mesure de protection ».

³² F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, p. 32. Voy. également K. ROTTHIER, *Gedwongen opname. De rechtsbescherming van de psychiatrische patiënt*, Bruges, die Keure, 2008, p. 50, n° 102.

³³ *Ibidem*.

³⁴ O. VANDEMEULEBROEKE, *op. cit.*, pp. 387-388.

SECTION 3. LES AUTRES MESURES DE PROTECTION DE LA PERSONNE ÂGÉE

Au regard des développements qui précèdent, on peut se demander les raisons qui justifient qu'une application de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux puisse dans une certaine mesure répondre à un besoin de protection de la personne âgée, en particulier celle dont l'avancée en âge laisse entrevoir des troubles démentiels. Sans doute pouvons-nous trouver un élément de réponse dans le constat de ce que les régimes de protection actuellement en vigueur ne permettent pas toujours de répondre aux besoins de cette personne.

La lecture des dispositions du Code civil afférentes aux régimes d'incapacité des personnes majeures nous apprend qu'en réalité, une seule mesure fait expressément référence à la problématique de la démence. Il s'agit de l'article 489 qui dispose que « le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité ou de démence, doit être interdit même lorsque cet état présente des intervalles lucides ».

Les effets de cette mesure d'interdiction de la personne démente sont quant à eux décrits à l'article 509 du Code civil, et plus particulièrement en son alinéa 1^{er} selon lequel « l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens ; les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits ». En d'autres termes, un interdit est soumis à une mesure d'incapacité totale qui implique une infantilisation avérée.

Outre le caractère on ne peut moins malléable³⁵ de cette mesure d'interdiction, sa mise en œuvre est extrêmement lourde de sorte qu'elle n'est quasiment plus jamais utilisée³⁶.

Trois autres mesures de protection des personnes majeures vulnérables sont prévues à côté de l'interdiction : la minorité prolongée, la mise sous conseil judiciaire et l'administration provisoire des biens des personnes partiellement ou totalement incapables de les gérer en raison de leur état de santé.

³⁵ Voy. à cet égard l'avis n° 14 du 10 décembre 2001 du Comité consultatif de bioéthique, relatif aux « Règles éthiques face aux personnes atteintes de démence », p. 26 : « On comprend sans peine que l'interdiction ne s'applique qu'aux déments si gravement atteints qu'ils ont définitivement perdu toute capacité de décision autonome. En outre cette loi est faite principalement dans l'esprit de protéger les biens du patient et de le protéger contre les dangers qu'il représente. Elle ne convient pas pour gérer des situations d'incapacités progressives et partielles dans le souci du respect optimal des ressources mentales dont dispose encore la personne malade, en vue de la meilleure qualité de vie possible ».

³⁶ En atteste la consultation des tableaux récapitulatifs des décisions judiciaires portant interdiction et nomination d'un conseil judiciaire, publiés annuellement au Moniteur belge conformément à l'article 1253, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire : le tableau publié en 2010 (*M.B.*, 1^{er} février 2010, p. 7012) et afférent à la période s'écoulant entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2009 atteste de quatre décisions d'interdiction pour tout le pays. Le tableau publié en 2009 (*M.B.*, 29 janvier 2009, p. 7012) pour l'année précédente atteste quant à lui de dix décisions d'interdiction. À noter que toutes les décisions qui viennent d'être évoquées ont été prononcées dans des arrondissements judiciaires néerlandophones. Il faut remonter au tableau reprenant les mesures prononcées en 2005 (*M.B.*, 20 janvier 2006, p. 3363) pour trouver une décision d'interdiction prononcée par le tribunal de première instance de Bruxelles.

La première mesure, qui implique, comme l'interdiction, une incapacité du mineur prolongée tant à l'égard de sa personne que de ses biens, n'est pas une mesure adaptée aux problèmes liés au vieillissement puisqu'elle s'applique aux personnes affectées d'une arriération mentale grave, définie, aux termes de l'article 487bis, alinéa 2, du Code civil, comme « un état de déficience mentale congénitale ou ayant débuté au cours de la petite enfance, caractérisé par un manque de développement de l'ensemble des facultés intellectuelles, affectives et volitives »³⁷.

La seconde, applicable aux prodiges et faibles d'esprit³⁸ auxquels est adjoint un conseil judiciaire chargé de les assister pour une série d'actes qui dépassent l'administration ou la conservation de leur patrimoine ainsi que l'utilisation de leurs revenus³⁹, est tout aussi surannée que la mesure d'interdiction⁴⁰ et ne présente du reste plus qu'un intérêt très théorique depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental⁴¹, qui a mis un terme au questionnement que suscitait le libellé de la loi originaire du 18 juillet 1991 en matière d'étendue des pouvoirs qui pouvaient être conférés à l'administrateur provisoire des biens de la personne protégée. Avant l'adaptation législative, certains⁴² continuaient en effet à penser, à l'encontre d'une doctrine et d'une jurisprudence largement majoritaires, que la loi de 1991 ne permettait à l'administrateur provisoire que de représenter⁴³ la personne protégée. Le nouvel article 488bis, f), § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code civil précise désormais expressément que l'administrateur provisoire peut assister la personne protégée dans la gestion de ses biens, idée du reste relayée dans le § 2, alinéa 2, du même article qui dispose que « le juge de paix peut déterminer les actes ou catégories d'actes que la personne

protégée ne peut accomplir sans l'assistance de l'administrateur provisoire ». Toute incertitude à dès lors été levée en ce domaine⁴⁴, ce qui a permis à la mesure d'administration provisoire de prendre l'avantage sur la mise sous conseil judiciaire, même dans l'esprit des plus sceptiques⁴⁵.

La troisième est enfin celle dont il vient d'être indirectement question et qui est statistiquement la mesure la plus couramment appliquée, non seulement pour les raisons qui viennent d'être exposées, mais également au regard de l'étendue de son champ d'application⁴⁶ puisqu'elle s'applique au majeur totalement ou partiellement hors d'état de gérer ses biens « en raison de son état de santé »⁴⁷. Il faut aussi souligner l'immanente malléabilité⁴⁸ de cette mesure de protection qu'est l'administration provisoire et qui la consacre comme la mesure la plus adaptée à une situation dans laquelle, tout en essayant de faire face à un affaiblissement des facultés de la personne à protéger, il convient de préserver autant que possible son droit à l'autodétermination.

Conformément à l'article 488bis, f), § 1^{er}, du Code civil, l'administrateur provisoire a pour mission de gérer, en bon père de famille, les biens de la personne protégée ou, on l'a dit, de l'assister⁴⁹ dans cette gestion. Sa désignation n'emporte en principe aucune restriction quant aux droits de nature personnelle⁵⁰ de la personne protégée (choix du lieu de vie, traitement médical, établissement d'un lien de filiation, adoption, etc.).

Or, une des questions qui vient régulièrement parasiter la gestion de l'administrateur provisoire, est celle du choix du lieu de vie. Ce choix implique des actes que l'on peut qualifier de « mixtes », en ce qu'ils ont *a priori* trait à des prérogatives de nature personnelle tout en ayant une incidence sur le patrimoine de la personne protégée⁵¹. Ainsi, si l'administrateur provisoire peut, en vertu du mandat qui lui a

³⁷ En d'autres termes, s'il n'est bien entendu pas exclu dans les faits qu'une personne âgée soit soumise au statut de la minorité prolongée, elle ne l'est pas en raison de son âge, mais bien parce qu'elle souffre d'un handicap mental dont elle est affectée depuis son plus jeune âge.

³⁸ Catégorie issue d'une création doctrinale et jurisprudentielle (P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, Livre VIII, p. 188, n° 191) basée sur l'article 1247 du Code judiciaire qui prévoit la possibilité pour le tribunal saisi d'une demande d'interdiction de nommer un conseil judiciaire à la personne qu'il jugerait excessif d'interdire.

³⁹ Voy. les articles 513 du Code civil et 1247 du Code judiciaire.

⁴⁰ Les tableaux évoqués ci-dessus en matière d'interdiction laissent apparaître une seule décision de nomination d'un conseil judiciaire en 2009 (tribunal de première instance de Liège) et une seule également en 2008 (tribunal de première instance de Courtrai).

⁴¹ M.B., 31 décembre 2003, p. 62266.

⁴² Voy. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, livre III, n° 310 et 313.

⁴³ Sur la notion d'assistance, voy. K. VANWINCKELEN, « Art. 1397 B.W. », in *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Malines, f. mob., 7 t., point II, C, qui, dans le contexte de la conclusion d'un contrat de mariage par un mineur avec l'assistance de ses père et/ou mère, précise ceci : « Bijstand betekent de tegenwoordigheid naast de onbekwame, die een rechtshandeling wil verrichten, van degene die hem volgens de wet handelingsbekwaam moet maken. (...) De ouders moeten aanwezig zijn bij het verlijden van het huwelijkscontract en effectieve raad, hulp en voorlichting verschaffen voordat het contract wordt gesloten. (...) Een voorafgaande goedkeuring van het contract is geen bijstand ». Voy. également M.-N. VEYS, *De Wet patiëntenrechten in de psychiatrie*, Gent, Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Laricr, 2008, p. 21, n° 27 : « In een bijstandstelsel behoudt degene die wordt bijgestaan het initiatiefrecht, maar hij kan slechts rechtsgeldig optreden wanneer hij daarbij wordt bijgestaan. In het laatste geval kan hij met andere woorden wel zelf, maar niet zelfstandig optreden ».

⁴⁴ Cette modification des pouvoirs de l'administrateur provisoire « concrétise, dans la réalité, l'abrogation du conseil judiciaire et implique l'extension de la fonction de l'administrateur provisoire aux faibles d'esprit » : Th. DELAHAYE, « L'administration provisoire, miroir de la société civile », in *Les incapacités*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 60, janvier 2003, p. 15.

⁴⁵ Voy. cependant la note n° 40.

⁴⁶ Celle-ci n'explique cependant pas tout.

⁴⁷ Voy. article 488bis, a), du Code civil.

⁴⁸ Ce à deux niveaux puisqu'elle peut aussi bien impliquer un régime d'assistance (contreseing ou présence à l'acte de l'administrateur provisoire) de la personne protégée, qu'un régime de représentation. Aussi, ce régime peut toucher un seul acte (ex. : vendre tel immeuble appartenant à la personne protégée), comme tous les actes juridiques relatifs aux biens de la personne protégée.

⁴⁹ L'octroi d'une mission d'assistance est toutefois extrêmement rare dans la pratique. De même, l'on relèvera que la plupart des ordonnances cantonales qui désignent un administrateur provisoire attribuent à ce dernier un pouvoir général de représentation, qui implique une incapacité totale de la personne protégée sur le plan de la gestion de ses biens.

⁵⁰ À l'exception toutefois des libéralités (donations et testaments) qui doivent être autorisées par le juge de paix, à la requête de la personne protégée elle-même (voy. article 488bis, h), § 2, du Code civil).

⁵¹ On peut citer, à titre d'exemples, la vente d'un immeuble appartenant à la personne protégée, devenu insalubre et dont l'entretien nécessite des frais que le patrimoine de celle-ci ne permet pas de couvrir ou le choix d'une maison de retraite plutôt qu'une autre, qui avait la préférence de la personne protégée mais beaucoup trop onéreuse au regard des ressources personnelles de celle-ci.

été conféré par le juge de paix en fonction de l'ampleur du patrimoine dont il a la gestion, décider de consacrer un budget bien défini au logement de celle-ci, il ne lui est en principe pas permis de lui imposer, sans autre forme de discussion⁵², un lieu de résidence qu'il estimerait adéquat⁵³.

Si la question qui se pose est plus précisément de savoir si la personne protégée ne devrait pas être « placée » dans un home ou une maison de repos et de soins, on a vu dans les décisions jurisprudentielles citées plus haut que d'aucuns franchissent assez rapidement la frontière qui sépare la loi du 18 juillet 1991 relative à l'administration provisoire des biens et celle du 26 juin 1990 qui implique une contrainte de soins dans un établissement psychiatrique ou dans le milieu familial – entendu au sens large – de la personne protégée.

Les plus prudents, quant à eux, dénoncent ou applaudissent ce qu'ils considèrent comme une zone – problématique ou opportune selon le point de vue – de vide juridique⁵⁴ entre ces deux lois.

Quoiqu'il en soit, et dans la mesure où nul ne conteste que notre droit des incapacités mérite une certaine modernisation tant au regard notamment du caractère désuet de certaines de ses dispositions légales qu'afin de combler dans une certaine mesure le vide dont il vient d'être question, une réforme⁵⁵ paraît la bienvenue en la matière. Entendons-nous cependant : cette réforme devrait toucher les seuls régimes d'incapacité en laissant intacts – sauf, le cas échéant, à les adapter aux nécessités révélées par la pratique⁵⁶ – les mécanismes mis en place par la loi du 26 juin 1990, qui répondent à un besoin avéré pour les personnes atteintes d'une maladie mentale et dont la situation ne laisse entrevoir d'autre possibilité qu'un traitement psychiatrique forcé.

⁵² Sur la manière dont les administrateurs provisoires professionnels gèrent ces questions mixtes dans la pratique, voy. F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, pp. 37-38 et 71-72, ainsi que F. DEMBOUR et V. VERLY, « Les rôles de l'administrateur et du juge dans l'administration provisoire des biens », in *Les droits des seniors – Aspects civils, sociaux et fiscaux*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2010, pp. 71 et ss. (spéc. p. 73 en ce qui concerne le placement de la personne protégée).

⁵³ Il ne revient pas plus au juge de paix d'autoriser, à la requête de l'administrateur provisoire, le placement de la personne protégée. Voy. à cet égard J.P. Ixelles II, 18 février 1993, *J.J.P.*, 1994, pp. 112-113 : « Que si les membres de la famille (parmi lesquels l'administrateur) devaient continuer à estimer qu'un placement s'impose, il leur appartient de tenter d'en convaincre leur parenté ; Qu'en aucun cas une telle décision ne peut lui être imposée contre sa volonté ».

⁵⁴ Comp. V. LOUANT, note sous J.P. Fosses-la-Ville, 13 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 66 : pour cet auteur, tout indique « une volonté délibérée du législateur de ne pas légiférer en vue de laisser au majeur protégé par la loi de 1991 une totale liberté en dehors de l'activité juridique et dans le domaine des actes juridiques extra-patrimoniaux », de sorte qu'il semble hasardeux de considérer comme une lacune le vide juridique que fait apparaître la décision annotée (voy. *supra*, note n°18).

⁵⁵ Voy. *infra*, conclusions.

⁵⁶ Nous renvoyons à cet égard aux autres contributions de cet ouvrage, ainsi qu'aux brefs commentaires que nous consacrons plus haut aux soins en milieu familial.

SECTION 4. AFFRONTER LA COMPLEXITÉ SUR LE TERRAIN

§ 1. Vers une approche fonctionnelle

Le vieillissement « normal » et les démences séniles posent, comme on l'a vu, des difficultés particulières pour l'application de la loi du 26 juin 1990, car ni le vieillissement avancé, ni la démence d'Alzheimer (très clairement dans son stade débutant), ni les autres formes de démences (vasculaires, dégénératives, traumatiques, etc.) ne peuvent être – sans autres précautions – scientifiquement assimilées à la maladie mentale. Assez curieusement toutefois, si certains états psychotiques aigus ou les dépressions graves telles qu'il s'en présente en clinique psychiatrique, relèvent sans discussion de la maladie mentale au sens de la loi, la démence n'en ferait pas partie sur base de l'argument qu'elle résulte de processus dégénératifs physiques⁵⁷. Il est cependant aujourd'hui établi que de nombreux états psychopathologiques sont associés et, dans certains cas, créés par des dysfonctionnements cérébraux et donc que les maladies mentales résultent également, en tout ou en partie, d'altérations physiologiques concomitantes. La dichotomie maladie de l'esprit *versus* altération biologique considérée isolément ne peut donc constituer un critère déterminant et les approches fonctionnelles qui suggèrent d'assimiler la démence à une maladie mentale lorsqu'elle entraîne des troubles fonctionnels paraissent plus prometteuses.

C'est d'ailleurs dans la direction d'une ouverture vers une approche davantage fonctionnelle de la protection des biens que s'oriente le législateur lorsque, dans le contexte spécifique des dispositions applicables aux personnes totalement ou partiellement incapables de gérer leurs biens en raison de leur état de santé, il permet au juge de paix d'ajuster au cas par cas l'étendue des pouvoirs accordés à l'administrateur provisoire et prévoit du reste expressément que la mission de ce dernier peut se limiter à une assistance de la personne soumise à la mesure de protection.

§ 2. Quelques difficultés actuelles

Mais, alors que le législateur a prévu que l'administration provisoire peut être ajustée aux capacités résiduelles de la personne, dans les faits, lorsqu'une administration provisoire est décidée, elle l'est dans la majorité des cas sans restrictions⁵⁸. La sous-utilisation des dispositions légales permettant l'adaptation de la mission de l'administrateur des biens, pourtant utiles et respectueuses de la personne à protéger, résulte semble-t-il de deux facteurs principaux : d'une part, dans une majorité de cas,

⁵⁷ H. NYS, « Le médecin et le malade mental », in *La médecine et le droit*, Kluwer, 1995, p. 231, cité par P. BOXHO, « Applications médico-légales de la loi du 26 juin 1990 », *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 18. Voy. également *supra*, note n° 14.

⁵⁸ F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, p. 25. Au terme d'une enquête menée dans le contexte précité (voy. *supra*, note n° 19) auprès de juges de paix de cantons francophones, il ressort qu'« à une exception près, tous les juges interrogés admettent confier, dans la grande majorité des situations qu'ils ont à connaître, une mission générale à l'administrateur provisoire. Les missions d'assistance ou de représentation spécifique sont quasi inexistantes ».

la demande de protection est adressée au juge alors que la personne se trouve déjà dans un état de démence sévère⁵⁹ et, d'autre part, au moment de prendre sa décision, le juge ne dispose pas d'informations médicales suffisamment circonstanciées⁶⁰. Les certificats médicaux se résument en effet le plus souvent à l'énoncé du diagnostic – « démence d'Alzheimer » – accompagné d'une ou de deux mentions laconiques du type « désorientation spatio-temporelle » et « troubles du jugement ».

§ 3. Fragmentation, évolution temporelle des capacités et contexte social

Cette situation est d'autant plus regrettable si l'on se souvient que l'ensemble des travaux consacrés à la démence indiquent que les altérations des capacités mentales et des régulations affectives s'installent très progressivement, qu'elles dépendent dans leur expression des circonstances et qu'elles évoluent dans le temps. La souplesse dans la mise en œuvre de la mesure de protection, telle que rendue possible par la loi mais cependant très théorique dans les faits, est donc en parfaite adéquation avec la progressivité et l'hétérogénéité des troubles.

La question de l'aptitude des sujets âgés en difficulté cognitive se pose toujours dans des situations concrètes qui renvoient à des activités particulières comme vendre un bien ou modifier son testament. Les connaissances de la neuropsychologie et de la neurologie sur le fonctionnement mental et sur le fonctionnement cérébral soulignent que ces diverses activités mettent en œuvre des processus mentaux différents. Il en résulte que la capacité d'une personne âgée en difficulté cognitive ne devrait jamais être abordée de manière unitaire. En réalité, de nombreuses dimensions interviennent et modulent les capacités du sujet. Respecter sa liberté implique dès lors de les prendre au mieux en considération. Sous l'angle de l'analyse psychologique, un facteur important est bien sûr la complexité des décisions à prendre. Dans le domaine des finances par exemple, un sujet peut ne plus être capable de suivre les cours de la bourse pour gérer ses placements, parce qu'une telle activité se heurte à des problèmes de mémoire et de prise de risques dans des situations changeantes et complexes, alors que ce même sujet n'éprouvera aucun problème à gérer son budget au jour le jour, cette activité de gestion étant plus simple et lui étant plus familière. L'expérience antérieure de la personne intervient également : une activité que l'on accomplit très rarement est généralement plus difficile à mener à bien qu'une activité que l'on accomplit quotidiennement et de manière routinière. Cette dimension individuelle implique qu'il faut également tenir compte du passé du sujet dans l'évaluation de ses aptitudes.

Un autre point essentiel est le caractère évolutif des capacités des sujets âgés en difficulté cognitive, qui implique que, d'une manière générale, elles risquent de diminuer avec le temps en fonction de la progression de la maladie. Cette instabilité des capacités dans le temps rend nécessaire l'indication de la durée pendant laquelle l'auto-

nomie du sujet pour une activité peut être maintenue et exige de faire procéder à une réévaluation des capacités au terme de ce délai. À cet égard, il conviendrait d'exiger que le certificat médical contienne des informations sur la fenêtre temporelle pendant laquelle il est permis de penser que l'état du sujet restera suffisamment stable.

Enfin, les capacités des personnes sont à évaluer en fonction des circonstances et, de manière plus générale, du contexte social dans lequel elles se trouvent insérées. Une personne âgée peut encore être capable de préparer un repas dans sa cuisine au calme chez elle et se sentir perdue dans un environnement différent, auquel elle n'a pas été préparée. L'évaluation de la capacité d'une personne âgée implique par conséquent la prise en compte des environnements familial, social et matériel dans lesquels elle se trouve. L'évaluation de l'autonomie à respecter et de la protection qu'il convient d'apporter est donc à mesurer à l'aune des dispositifs d'aide et des structures sociales et de santé qui existent dans l'environnement du sujet ainsi que de ses possibilités d'y accéder.

Il apparaît ainsi clairement que la détermination des capacités d'une personne âgée avec ou sans difficultés cognitives constitue une entreprise complexe qui ne se limite pas à rendre un avis en TOUT ou RIEN et ceci est particulièrement vrai lorsque la personne âgée se trouve au début de son déclin cognitif.

§ 4. Le certificat médical, l'évaluation cognitive et l'étude sociale

Une application nuancée de la loi implique donc que le juge de paix dispose d'informations précises, d'ordre médical, social et psychologique à propos de la personne à protéger, aux fins d'ajuster au mieux l'étendue de la protection qu'il convient de lui apporter. Au départ de toute démarche de protection, la loi prévoit l'exigence d'un certificat médical dont on a souligné plus haut le caractère habituellement trop général. Cette situation devrait évoluer et il conviendrait que les médecins procèdent effectivement à une analyse suffisamment détaillée des compétences cognitives préservées et des problèmes de comportement et de santé rencontrés par la personne à protéger, afin d'être en mesure de transmettre au juge de paix un certificat réellement circonstancié, qui pourra de la sorte constituer une véritable aide à la décision. Dans la rédaction d'un tel bilan fonctionnel, il sera par ailleurs bien utile que le médecin sollicite la participation et les compétences de divers professionnels de la santé dont c'est la spécialité : le neuropsychologue pour l'évaluation des capacités cognitives et de jugement, l'orthophoniste pour l'évaluation des problèmes de communication et l'ergothérapeute pour l'analyse des capacités d'adaptation à diverses situations de la vie quotidienne. Dans de nombreux cas, une véritable étude sociale pourrait également s'avérer nécessaire afin d'identifier et d'évaluer la disponibilité des ressources familiales et sociales mobilisables. *In fine*, il conviendrait que le juge de paix dispose lui-même d'assez de temps lorsqu'il rencontre la personne, afin d'être en mesure de se faire une idée personnelle de l'étendue de ses capacités de jugement et de décision.

⁵⁹ F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁰ F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, p. 22 : « Il s'avère que rares sont les certificats produits qui respectent à la lettre le prescrit légal, le caractère circonstancié faisant trop souvent – voire systématiquement selon certains – défaut ».

§ 5. La prise de conscience des troubles

Un point essentiel à considérer sous l'angle de l'analyse psychologique est la prise de conscience que la personne a de ses propres difficultés. À cet égard, il existe de multiples cas de figure, mais on distingue en neuropsychologie, aux deux extrêmes d'un *continuum*, d'un côté des patients qui sont parfaitement conscients et dès lors souvent affectés par leurs troubles⁶¹ et, à l'autre extrême, d'autres qui ne le sont pas et qui considèrent que tout va bien⁶². La question est bien sûr capitale pour la détermination de la mission de l'administrateur provisoire. Lorsque la personne a une conscience suffisante de ses troubles, la mission de l'administrateur des biens doit pouvoir être négociée en partenariat avec elle et le juge de paix pourrait, dans de tels cas, se limiter à ordonner une mission d'assistance réduite, la personne devant simplement accepter de se faire aider dans les décisions pour lesquelles elle est consciente d'être devenue incompétente. Par contre, lorsque la personne n'est pas consciente de ses difficultés ou n'en a qu'une conscience très partielle, il est sans doute préférable de lui proposer d'accepter d'être représentée par un administrateur pour les actes pour lesquels il existe une crainte qu'elle agisse de manière inconsidérée. On retiendra à cet égard qu'en cas de pathologie sénile, la prise de conscience des troubles évolue et s'altère avec la progression de la maladie. Ceci peut entraîner la nécessité d'une extension de l'étendue des pouvoirs initialement conférés à l'administrateur provisoire des biens.

§ 6. La dimension temporelle de la protection

Qu'il s'agisse du vieillissement « normal » ou des états dégénératifs, la diminution des capacités de la personne âgée va évoluer avec le passage du temps et la règle générale est une péjoration progressive des capacités mentales ainsi qu'une réduction du répertoire comportemental. La protection devrait donc être ajustée à l'évolution mentale de la personne et à l'accroissement de sa vulnérabilité. Des indications sur les rythmes temporels possibles d'évolution peuvent être fournies par le médecin, mais seulement de façon très générale car tout événement traumatique imprévu peut venir modifier les trajectoires involutives. Il revient sans doute à l'administrateur des biens ou à la personne de confiance – s'il en a été désigné une – de surveiller cette évolution temporelle et, le cas échéant, de demander au juge de paix de modifier le périmètre de la mission de protection.

⁶¹ Ces patients sont dits « nosognosiques ».

⁶² Ces patients sont dits « anosognosiques ». Ce problème est particulièrement important dans le cadre de certaines formes de démence comme la maladie d'Alzheimer. Il n'est en effet pas rare qu'aux prémices de la maladie, ce soient la famille ou des amis qui prennent conscience des difficultés du patient et qui le conduisent d'autorité, parfois contre son gré, à une consultation médicale.

SECTION 5. EN GUISE DE CONCLUSION : UNE FRONTIÈRE À DÉPASSER ?

Tout ce qui vient d'être dit au plan de la neuropsychologie l'a été dans le contexte de la loi du 18 juillet 1991 qui, on l'a vu, dresse une frontière entre la protection des biens et la protection de la personne. La personne mise sous administration provisoire reste capable de se marier, de divorcer, de reconnaître un enfant et d'exercer d'autres droits relatifs à sa vie privée comme la liberté d'expression, le droit de choisir son médecin, son avocat, le droit de se déplacer, etc. L'administrateur ne peut intervenir dans les sphères personnelles que si la personne désire prendre l'une ou l'autre initiative susceptible de mettre en péril son patrimoine.

La frontière entre la sphère des biens et celle de la personne est dans les faits bien perméable et nombreuses sont les situations où l'exercice d'un contrôle patrimonial a des retombées sur l'exercice d'un droit personnel et inversement.

Par ailleurs, et c'est le point qui nous occupe, la personne âgée en difficulté cognitive nécessite parfois une protection dans certaines dimensions de sa vie privée mettant en jeu des processus cognitifs et affectifs qui peuvent se trouver altérés à la suite de la maladie. Il est en effet important de souligner que certaines formes de démences séniles altèrent les structures cérébrales responsables de nos fonctionnements émotionnels ou motivationnels. Il en résulte que la personne peut se trouver dans une situation où elle risque d'adopter des comportements inappropriés et peu conformes à sa personnalité et à ses modes de réaction antérieurs. Les cas connus de prodigalité excessive, de conduites agressives déviantes, de surinterprétation délirante peuvent ainsi se manifester dans le contexte de certaines formes de démence et altérer gravement les conduites relevant de la sphère personnelle.

C'est précisément à ce niveau que le cadre législatif actuel nous révèle ses limites, entraînant parfois des initiatives excessives de proches qui n'ont d'autre choix que de rechercher dans les dispositifs en vigueur une solution à des situations ressenties comme inextricables⁶³.

La question d'une réforme de la matière des incapacités taraude le législateur et les praticiens depuis un certain nombre d'années déjà. À l'occasion des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 3 mai 2003 modifiant la législation relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, il fut déjà question de mettre un terme à l'existence parallèle des divers statuts de protection dont question plus haut, pour les remplacer par un seul et unique statut, relevant de

⁶³ Voy. à cet égard section 2, p. 185.

la compétence du juge de paix⁶⁴. Le régime envisagé devait donc dépasser la simple administration des intérêts patrimoniaux de la personne protégée, laissant le pouvoir à l'administrateur d'assister ou de représenter celle-ci dans le cadre de la gestion de ses intérêts extrapatrimoniaux, dans les cas où une urgence sociale l'impose et pour autant qu'il y ait proportionnalité entre la mesure de protection et l'objectif légitime de cette mesure⁶⁵. Cependant, aux fins de préserver la cohérence d'une future réforme, le représentant du ministre de la Justice a à l'époque estimé que « *l'extension du régime de protection à la personne de l'incapable devrait, de préférence, être examinée dans le cadre plus général de la modernisation des différents régimes d'incapacités du Code civil* »⁶⁶, de sorte que les aménagements se sont limités à la protection des biens de la personne protégée.

Dans le courant de l'année 2008, le législateur s'était remis à l'ouvrage en vue de cette réforme tant attendue. Le texte initial⁶⁷ avait fait l'objet de maintes critiques, émises pas les différents milieux et catégories professionnelles concernés⁶⁸ et sur lesquelles nous ne reviendrons pas. Le travail ultérieur fut cependant constructif puisque dans le texte martyr d'un amendement global qui devait être déposé, il avait été tenu compte des diverses remarques formulées par les secteurs consultés. Dans l'optique du dépôt de cet amendement, la sous-commission Droit de la famille de la Chambre avait entamé son travail d'audition d'experts. Le projet d'amendement, tel qu'il avait été soumis à ces derniers, contenait des avancées significatives dans les domaines qui nous préoccupent puisque tout en maintenant l'idée d'une uniformisation des différents régimes d'incapacité, était envisagée, pour les majeurs vulnérables, une mesure de protection personnalisée, calquée sur le régime de l'actuelle administration provisoire, mais qui pourrait quant à elle être étendue aux questions de nature personnelle ou à certaines d'entre elles seulement. Ce travail parlementaire de longue haleine a malheureusement été abandonné en avril 2010, à la suite de la chute du gouvernement Leterme II⁶⁹.

⁶⁴ Un amendement prévoyait en effet le remplacement de l'article 489 du Code civil par la disposition suivante : « *Le juge de paix peut pourvoir d'un administrateur le majeur qui, en raison de son état mental, est totalement incapable d'assumer dûment la gestion de ses intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, que ce soit de manière permanente ou provisoire, ou qui est dans l'incapacité d'exprimer sa volonté* » (amendement n° 51 de Messieurs Bourgeois et Van Hoorebeke, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 1999-2000, n° 0107/008, pp. 1-2).

⁶⁵ Cf. la proposition de modification de l'article 490 du Code civil (amendement n° 51, *ibidem*).

⁶⁶ Rapport fait au nom de la Commission de la Justice le 18 mars 2002 par Monsieur Karel Van Hoorebeke, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2001-2002, n° 0107/012, pp. 35-36.

⁶⁷ Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2007-2008, n° 1356/001.

⁶⁸ Voy. à cet égard la proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2008-2009, n° 1792/001, déposée par l'opposition et qui tendait à répondre à bon nombre de ces critiques.

⁶⁹ Pour des initiatives ultérieures, voy. Proposition de loi instaurant un régime global d'administration provisoire des biens et des personnes, *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 2010, n° 0055/001; Proposition de loi modifiant l'article 488bis du Code civil et l'article 1204 du Code judiciaire, relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, *Doc. parl.*, Sénat, session extraordinaire 2010, n° 5-57/1; Proposition de loi modifiant le Code civil et le Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, *Doc. parl.*, Ch. repr., session 2010-2011, n° 0945/001.

Reste dès lors, en l'état actuel des choses, à composer avec la législation existante qui – faut-il le souligner – ne comporte pas que des travers, en atteste d'ailleurs la volonté de s'inspirer en très grande partie du régime de l'administration provisoire des biens pour l'étendre aux questions de nature personnelle. Un important travail d'information des citoyens et de sensibilisation des professionnels permettrait à cet égard l'exploitation de ressources trop souvent ignorées⁷⁰, une utilisation plus mesurée et personnalisée des dispositifs en place, ainsi qu'une mise en évidence des problèmes que génère parfois la méconnaissance mutuelle du travail de chaque intervenant et qui pourraient trouver une solution moyennant un minimum de dialogue et de coopération.

⁷⁰ Voy. à cet égard les recommandations émises au terme de l'étude dont référence ci-dessus, réalisée en vue de l'amélioration de la qualité de vie des personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer et de leur entourage : F. REUSENS, F. SWENNEN et S. BRUSSELMANS, *op. cit.*, p. 97. L'étude a en effet révélé l'ignorance du « public », notamment quant aux possibilités d'établir des déclarations anticipées (indication de l'administrateur provisoire que l'intéressé souhaiterait voir désigné en cas de mise sous statut de protection, refus de telle ou telle intervention médicale, demande d'euthanasie) et de faire désigner une personne de confiance par le juge de paix, dans le cadre de l'application de la loi du 18 juillet 1991.